

Diritto Civile Contemporaneo

L'INFEDELTA' OMOSESSUALE NON È MOTIVO DI ADDEBITO

Armando Plaia

L'INFEDELTA' OMOSESSUALE NON È MOTIVO DI ADDEBITO

di Armando Plaia, *Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Palermo*

Con una decisione innovativa, che si discosta dall'orientamento tenuto sul punto dalla giurisprudenza di legittimità, Trib. Milano 19 marzo 2014 ritiene che la relazione extraconiugale omosessuale non possa essere motivo di addebito della separazione. Con la stessa decisione, il Tribunale dispone l'affido condiviso dei figli, assegnando il ruolo di genitore prevalente al coniuge omosessuale (la madre), cui conseguentemente viene assegnata la casa familiare. Infine, il Tribunale dispone che “si eviti, allo stato, la frequentazione tra le figlie minori e la compagna della madre”.

La decisione appare pienamente condivisibile.

In effetti, la Cassazione ha sin qui ritenuto che la relazione omosessuale del coniuge costituisca, al pari di quella eterosessuale, violazione dell'obbligo di fedeltà ex art. 143 c.c. e motivo di addebito della separazione (Cass. 25 marzo 2009 n. 7207, in *Famiglia dir.*, 2009, 563 con nota critica di Plaia, *Il comportamento omosessuale del coniuge tra invalidità del matrimonio, addebito della separazione e responsabilità endofamiliare*; Cass. 23 gennaio 2009, n. 1734; Cass. 1 marzo 2005 n. 4290 in *Foro it.*, 2005, I, 2994).

Come è noto, la violazione dell'obbligo di fedeltà costituisce la causa statisticamente più diffusa di addebito della separazione (Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2009, 134 ss.; Auletta, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2008, 207; Bonilini, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino 2006, nonché Dogliotti, *La separazione giudiziale*, in *Il diritto di famiglia*, Trattato diretto da Bonilini e Cattaneo, vol. I, tomo II, Torino 2007, 513).

Invero, occorre considerare l'incidenza che l'inclinazione omosessuale di un coniuge possa avere già sul matrimonio come atto, prima ancora che sul matrimonio come rapporto, appunto come causa di nullità del matrimonio (concordatario).

Secondo il diritto canonico (can 1095), infatti, le parti devono prestare un "valido consenso matrimoniale".

Il consenso è valido se espresso da una persona capace di intendere e di volere. Il Can. 1095 distingue tre diverse ipotesi in cui il soggetto contraente appare incapace di contrarre matrimonio: qui interessa la terza ipotesi, ovvero "l'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio, per cause di natura psichica".

Si noti che la giurisprudenza ecclesiastica nella sua casistica non distingue tra il vizio inficiante (es. omosessualità) e il comportamento che ad esso normalmente si accompagna (es. comportamento o pratica omosessuale). Si tratta di un approccio esegetico condivisibile specie avendo riguardo all'ipotesi - qui in considerazione - in cui l'incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio dipenda dall'omosessualità del coniuge. In tal caso, infatti, non è raro che l'emersione del difetto di consenso si accompagni proprio ad una relazione omosessuale occasionale o duratura, ed anzi sovente è soltanto attraverso tale relazione che il coniuge può prendere coscienza della propria reale inclinazione sessuale (sia consentito il rinvio a Plaia, *Il comportamento omosessuale del coniuge tra invalidità del matrimonio, addebito della separazione e responsabilità endofamiliare*, in *Famiglia dir.*, 2009, cit.).

Più in particolare, secondo Trib. Reg. can. Campania 18 dicembre 2002, in *Dir. Eccl.* 2003, II, 87, "L'omosessualità, non consentendo l'instaurazione di quella comunità di vita ed amore coniugale che costituisce l'essenza dell'istituto matrimoniale, viene a produrre nel soggetto che ne è affetto una vera e propria incapacità di far convergere il consenso matrimoniale su quello che ne costituisce l'essenza stessa". Cfr. altresì T.A. Rota Romana 19 dicembre 1994 in R.R. Trib. Dec., 1994, 486; S.R. Rota, 25 febbraio 1969, in *Dir. Eccl.* 1970, II, 219, con nota di Di Jorio, *L'omosessualità come causa di nullità matrimoniale e una recentissima decisione*

rotale (ibidem, 1969, II, 47); S.R. Rota 31 gennaio 1980, in Dir. eccl. 1980, II, 3; 24 novembre 1983, ibidem, 1983, II, 260, con nota di Bonnet, *L'omosessualità come causa di nullità matrimoniale*.

Non si dubita peraltro che l'omosessualità manifestatasi dopo le nozze sia in realtà già latente prima del matrimonio. Infatti, secondo Vicariato Urbe 18 settembre 2002, in Dir. Eccl., 2002, 122 “Di fronte all’insincerità di un omosessuale, ci si domanda se quella insincerità sia veramente consapevole (perché il soggetto fa parte della categoria degli “omosessuali vergognosi”) oppure sia da annoverare negli atteggiamenti di colui che non mantiene conoscenza del suo stato. Sia l’omosessualità che la bisessualità possono riconoscere delle basi eziopatogenetiche di tipo endogeno e allora l’esito comportamentale tende a rivelarsi precocemente (generalmente in adolescenza) oppure possono insorgere dopo una certa età, originando da cause psichiche individuali. In quest’ultimo caso l’anomalia, sia pure manifestatasi dopo le nozze, era comunque latente. Una volta assodata l’esistenza dell’omosessualità dopo le nozze non è neanche necessario fare delle indagini sul comportamento della parte in periodo prematrimoniale, perché sicuramente essa esisteva già prima”.

Come è noto, tra l’altro, il giudizio di invalidità deve essere compatibile con l’ordine pubblico italiano. E proprio di recente la Cassazione (Cass. 7 aprile 2000, n. 4387, in *Dir. fam. pers.*, 2000, 1054) ha considerato delibabile una decisione della Sacra Rota secondo cui l’unione in chiesa tra un omosessuale e la partner è nullo «per grave inettitudine del soggetto ad intendere i doveri del matrimonio» (can 1095).

Insomma, come non manca di ricordare la nostra giurisprudenza di legittimità, con riguardo alla sentenza del Tribunale ecclesiastico che abbia dichiarato la nullità del matrimonio concordatario per “incapacità (psichica) assumendi onera matrimoni” la delibazione non trova impedimento nei principi fondamentali dell’ordinamento italiano, tenuto conto che la suddetta nullità, discendendo da una grave inettitudine del soggetto ad intendere i doveri del matrimonio, in relazione al momento della manifestazione del consenso, non si discosta sostanzialmente dalle ipotesi di invalidità contemplate dagli artt. 120, 122 c.c. E non rileva in contrario la diversità di disciplina di siffatta invalidità nel codice civile (in punto di legittimazione attiva e di rilevanza ostativa della coabitazione alla proponibilità dell’azione), poiché dette differenze non investono un principio essenziale dell’ordinamento italiano qualificabile come di ordine pubblico.

Cfr. altresì App. Bari 3 marzo 2000, in *Giur. merito* 2001, 666, in *Quad. dir. pol. eccles.* 2000, 894, in *Famiglia* 2001, 1206. Secondo i giudici baresi “Non contrasta con l’ordine pubblico internazionale italiano la sentenza ecclesiastica di nullità pronunciata per incapacità di uno dei coniugi di assumere gli oneri fondamentali del matrimonio, a causa della propria omosessualità, poiché è evidente, dal tenore della Carta costituzionale, l’indubbio valore prioritario dell’unità familiare. Conseguentemente, non può dirsi discriminatorio un trattamento normativo, come quello canonico, che consenta l’impugnativa di nullità del matrimonio per le pulsioni omosessuali di uno dei coniugi, essendo l’omofilia per definizione contraria agli stessi obblighi nascenti dal matrimonio costituzionalmente tutelati”; App. Milano 8 febbraio 2000, in *Quad. dir. pol. eccles.* 2000, 894, secondo la quale “In tema di deliberazione la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio per “incapacità assumendi oneri matrimonii” derivante da omosessualità della coniuge non vi è contrasto con l’ordine pubblico sotto il profilo della violazione degli art. 3 e 29 Cost., nonché art. 122 comma 1 n. 3 c.c. perché il matrimonio nel nostro ordinamento, non consente all’omosessuale la pratica delle sue tendenze in costanza di legame matrimoniale con persona dell’altro sesso, né può definirsi discriminatorio un trattamento normativo che altro non fa se non regolare il vincolo nei modi opportuni e necessari non essendovi spazio di tutela giuridica per pulsioni omosessuali contro la famiglia ed al suo interno”.

Per il matrimonio civile invece la disciplina codicistica non contempla l’ipotesi dell’incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio, per cui la rilevanza dell’omosessualità può, al più, farsi emergere ex art. 122 c.c.: il matrimonio civile è impugnabile se un coniuge è caduto in errore essenziale su una qualità dell’altro coniuge (cfr. l’unica decisione sul punto e cioè Trib. Milano 13.02.2013, che tuttavia erra nel riferirsi all’errore sull’identità sessuale e non già su una qualità essenziale, come rileva Mattioni, *Errore sull’orientamento sessuale del coniuge e interpretazione dell’art. 122 cpd. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 784).

È lecito allora chiedersi se una medesima vicenda possa considerarsi motivo di invalidità del matrimonio (concordatario), o anche di impugnazione del

matrimonio civile, ove vi sia stato errore essenziale, e al contempo causa di addebito per il coniuge che abbia tenuto un relazione omosessuale extraconiugale.

Non è irrilevante la circostanza che la nostra giurisprudenza, in sede di delibazione, non si limita ad un giudizio di “non incompatibilità” con i principi fondamentali della materia (ordine pubblico), spingendosi invece ad un giudizio di comparazione tra discipline: nella decisione supra citata si afferma cioè che in fondo la nullità di diritto canonico per incapacità di assumere gli obblighi coniugali (can. 1095) “non si discosta sostanzialmente dalle ipotesi di invalidità contemplate dagli artt. 120, 122 c.c.”.

In definitiva, la giurisprudenza individua nell’impianto codicistico un congegno invalidante non dissimile da quello definito dal diritto canonico: e, soprattutto, argomenta l’ammissibilità della delibazione proprio in ragione ed all’esito di tale valutazione comparativa.

Addirittura, il Tribunale di Milano, ritiene che sia difficile considerare la relazione omosessuale alla stregua di una violazione “cosciente e volontaria” del dovere di fedeltà coniugale: questo passaggio non può condividersi, poiché come si dirà il problema è piuttosto di efficienza causale della violazione che non può ritenersi causa dell’intollerabilità della convivenza.

Piuttosto, non può a nostro avviso trascurarsi che la consapevolezza della propria inclinazione sessuale possa maturare anche attraverso una relazione omosessuale più o meno occasionale. La relazione extraconiugale omosessuale, dunque, non può considerarsi violazione del dovere di fedeltà, tantomeno violazione di un dovere che causalmente determina la crisi matrimoniale (Plaia, *Il comportamento omosessuale del coniuge tra invalidità del matrimonio, addebito della separazione e responsabilità endofamiliare*). È infatti la circostanza oggettiva dell’emersione di un’inclinazione omosessuale, prima ignota, a rendere la convivenza intollerabile, non certo l’eventuale comportamento del coniuge: anzi la specificità della “qualità” di cui qui si discute, implica che un’eventuale relazione extraconiugale possa ben essere considerata momento essenziale di un travagliato e faticoso processo di emersione della reale inclinazione sessuale. E’ difficile immaginare che il coniuge possa prendere consapevolezza della propria inclinazione senza un atto di infedeltà, anche solo virtuale o platonico. Sicché la condivisibile soluzione cui approda la decisione in commento svela un’aporia del sistema: “infedeltà omosessuale” è sintagma che in definitiva costituisce un ossimoro, poiché non può imputarsi la violazione di un dovere ad un soggetto che, attraverso una relazione

omosessuale, riveli la propria reale inclinazione sessuale e, conseguentemente, l'incapacità di assumere l'obbligazione stessa. Tale incapacità originaria del coniuge non consente l'invalidazione dell'atto, ma impedisce di imputare al comportamento dello stesso l'intollerabilità della convivenza.